

POR TOMAS DE LEON, VEZINO ESTA CIVDAD.

EN EL PLEYTO

CON DON FELIPE Antonio del Burgo, vezino de ella.

En Granada, en la Imprenta Real, por Francisco Sanchez, en frente del Hospital del Corpus Christi. Año de 1659.

Nu. 1. QVIEN viere que hombres de juyzio y letras ſiguen con anſias tan inmoderadas eſte pleyto, auiendo eſcrito dos informaciones en derecho en el, deſpues de muy dilatadas defenſas en eſtrados, y informes a los ſeñores juezes en ſus caſas, reconocerá quan cierto es, *quod nihil inter homines, ſic eſt indubitatum, vt non poſsit* (licèt aliquid ſit valde iuſtiſsimum) *tamen ſuſcipere quandam ſolicitam dubitationem*, vt dixit Imperator in *Authent. de Tabel. cap. 1. §. & non fingunt.*

2 ¶ Y aunque la razon vniuerſal en ſemejantes competencias naze de la facilidad natural con que los mortales diſienten vnos de otros, como dixo el Juriſconſulto in *l. item ſi vnus 17. §. principaliter, de receptis arbitr.* ibi: *Propter naturalem hominum ad diſſenciendum facilitatem.* Y el Pontifice in *cap. 5. de conceſsion. Præbēd.* ibi: *Quia diuerſitatem corporum, diuerſitas ſæpè ſequitur animorum.* Y nueſtros legiſladores *en los proemios de las leyes de Partida, y fuero*, & ibi *idem gloſographi.* Con cuyas autoridades, y otras ponderan eſta miſeria humana varios Autores, præcipuè Gamma en la *deciſ. 10.* Zeuall. *en el proemio de ſus comunes opiniones, num.* 180. Gratian. *diſceptat. 846. num.* 17. Dom. Pichard. *in diſputat. de mora, num. 20. &* 21. & eruditè vt adſolet Dom. Larrea *deciſ. Granatenſ. 47. num.* 52. Anton. Theſaur. *deciſ.* 104. *num.* 2. y muchos ſiglos antes Luciano: *Quid enim tàm firmum, quod contradictore, tâm certum* (in hominum determinationibus) *quod dubio careat*, & quiſquis fuit ille.

Nulla hominū conſtans de rebus fertur oppinio.
Hic deſpicit riſu, quod magis ille probat.

3 ¶ Aqui deue de auer alguna tan ſuperior, y eſcondida, que nueſtro juyzio no la alcan-

ça,

ça, pues bien considerado, no es posible que huuiesse hombre cuerdo, que por el interes de setenta ducados que importa todo el de este pleyto, impugnasse con tanto ardor vn acto hecho por su padre, en que precisamente le tira al entendimiento, y a la conciencia, y crece la admiracion atendiendo a auer sido el vno el espejo de esta Chancilleria, en virtud, y letras, y siendo el otro tan cuerdo, y atento como es notorio.

O curas hominum, o quantũ est in rebus innane!

Pues la mayor vitoria de don Felipe, si el negocio se mirara sin passion, era solicitar el ser vencido en la determinacion de este juyzio.

4 ¶ Aun de vn Bruto, hijo putatiuo suyo, no lo esperaua Iulio Cesar viendo conspirado contra su vida todo vn Senado, reconociendolo con el puñal en la mano, dandose por muerto, le dixo: *Et tu quoque fili mi!* Quexanse tiernamente las cenizas de don Luys Tadeo, diziendo con el Real Profeta: *Si inimicus meus maledixisset mihi, sustinuissem utique, tu verò homo unanimis, & notus meus.* Y viendose, no solo desamparado, si no impugnado de don Felipe, buelto a nosotros, como aquel padre perseguido de su hijo, apud Terent. exclama: *Obsecro populares ferte misero, atque innocenti auxilium.* Y assi tomaremos a vn tiempo por nuestra cuenta la defensa de sus procedimientos, la de nuestro litigante, y la exclusion de la pretension contraria.

5 ¶ En diez y ocho de Iulio de 1617. el Licenciado don Luys Tadeo del Burgo, mayor de veynte y vn años, libre de poderio paterno, y de curador, y que en virtud de venia y licencia que de su Magestad tiene por su Real cedula de onze de Iulio de 616. vsando de ella como principal, y doña Lucrecia Canaos como su fiadora, y prin-

cipal pagadera, venden a Andres de Ribas merca-
der vn censo de 70. ducados de principal por libre
de censo, vinculo, grauamen, ni hipoteca, por pre-
cio de otros tantos 70. ducados, con todas las clau
sulas necessarias para su firmeça, el qual dizen que
antes se pagaua a don Fadrique su padre, como su-
cessor en el vinculo que fundò doña Catalina Ca-
naos su madre, y que despues por autos de vista y
reuista se declarò el dicho censo, y otros bienes
por libres, y que como tal lo venden; ay clausula
de euiccion; juramento de don Luys, y todas las
demas solemnidades necessarias.

6 ¶ En treynta de Setiembre de 626. Francisco Pulido, que estaua encargado de este censo por Gabriel de Sandoual, que lo auia impuesto, lo redime al Conuento de san Francisco, para quien lo auia comprado el dicho Andres de Ribas; y se le otorga escritura de redencion en forma.

7 ¶ En cinco de Setiembre de 657. don Felipe del Burgo, haziendo relacion de que Gabriel de Sandoual, y su muger, por el año passado de 611. auian impuesto este censo a fauor de don Fadrique del Burgo su abuelo, pidiò ante el Alcalde mayor, que se le diesse traslado de su escritura, no embargante que se huuiesse sacado otra vez.

8 ¶ Diòsele sin citacion de persona alguna; y en veynte y dos del dicho mes y año pidiò execucion contra el Gabriel de Sandoual, y su muger, por nueue años y dos tercios, que se le mandò despachar, y se trauò en vnas casas en la villa de Gauia, que posseia Francisco Iulisto, por hipotecadas al censo; citòse de remate al Francisco Iulisto; dieronse los pregones; pronunciòse sentencia de remate, y despachòse requisitoria de apremio; y es de notar, que auiendose seguido todos estos autos ante el Alcalde mayor, dexando aquel juzgado, se acudiò ante vn señor Alcalde de Corte; el qual mandò cumplir la requisitoria.

9 ¶ La qual fue de apremio, y se mandò
por

por ella, sin que lo huuiesse pedido la parte de don Felipe del Burgo, se mandò executar a Francisco Iulisto por quantia de la cantidad del remate, y se dieron los pregones.

10 ¶ En este estado el dicho Francisco Iulisto hizo requerimiento en forma al dicho Tomas de Leon, el qual saliò a el pleyto que se sustanciò con el dicho Francisco Iulistò, y en el, aunque se proueyò auto encargandole de los diez dias de la ley, no se le notificò, con que queda advertida esta nulidad.

11 ¶ Por el Tomas de Leon se alegò largo de su justicia, presentando las escrituras de venta y redencion referidas, y por don Felipe, teniendolo por parte legitima en el juyzio, se procurò satisfazer, y concluso el pleyto la sentencia del señor Alcalde fue, sin embargo de la oposicion de Frãcisco Iulistò, y recaudos presentados por el dicho Tomas de Leon mandò hazer remate con costas, con ciertas reservas, de la qual, y de la antecedente, pronunciada por el Alcalde mayor, se apelò por el dicho Tomas de Leon, que se presentò en esta Corte. Y auiendose alegado por las partes muy largo de su justicia, contestando llanamente el juyzio en ambas instancias el dicho don Felipe con el dicho Tomas de Leon, sin auer intentado en manera alguna que no sea parte legitima el susodicho, se pronunciò sentencia de vista reuocando las dos referidas, de la qual se suplicò por parte de don Felipe del Burgo, y està visto en segunda instancia.

12 ¶ Esto supuesto, aun sin recurrir a fundamentos de derecho, se manifiesta lo insustancial de la pretension de don Felipe, quanto carecen de respuesta las excepciones de que Tomas de Leon se vale.

13 ¶ La primera, que el instrumento en cuya virtud se mandò hazer y hizo la primera execucion no fue exequible, siquidem, este fue segundo traslado, ad minus, sacado del protocolo 46. años despues de su otorgamiento, que no se diò por el escriuano ante quien se otorgò, ni con citacion de parte, ex quibus omnibus resultat, que no pudo ser exequible, ni darla el escriuano, aunque huuiesse precepto de juez, sin citacion de la parte, mayormẽte quando el dicho don Felipe entrò confessando virtualmente que se auia dado ya el primero traslado, quod apud omnes originale nuncupatur, ita ex *l. 10. & 11. tit. 19. part. 3.* depromitur & eis relatis de-

 terminat

terminat expresse *l.18.tit.25 lib.4. Recop.* ibi: *Mãdamos, q̃ cada y quãdo q̃ algun escriuano hiziere alguna escritura, que pertenezca y deua ser dada a ambas partes, que la aya de dar y de a la parte que se la pidiere, aunque la otra parte no la pida; empero que en las escrituras que alguna parte se obliga a la otra de hazer, ò de dar alguna cosa, mandamos, que despues que el escriuano diere vna vez la tal escritura signada a la parte a quien perteneciere, que no se la de otra vez, aunque alegue causa, o razon para ello, salvo por mandamiento de la justicia llamada la parte.*

14 ¶ Y que concurriendo estos requisitos no pueda en su virtud executarse, ex quam plurimis tradit Parlador. *lib.2. rer. quotidian. cap. fin. 1. part. §. 12. limitat. 2. num. 18.* ibi: *Exemplum vero, quod descriptum est ab alio notario, quã qui protocolum fecit executionem non mereri liquido constat, cum vt diximus fidem non facit, adeo quidam, vt etiam si tres, aut quatuor tabelliones quid tres, aut quatuor, etiam si centũ exemplum describant, suaque authoritate confirment, nihilo magis fidem faciant, vt nostri concorditer tradunt*, id etiam prosequitur longa serie, alios quam plurimos adducens Pareja *de instrum. edit. tit. 1. resolut 3. §. 3. per totum, & praecipue a num. 87. cum sequentib. magna cum distinctione.*

15 ¶ La segunda, porque quando en esto pudiesse auer alguna duda, no la ay, nostro videri, en que qualquiera accion que se pretendiesse intentar en virtud de este instrumento estaua legitimamente prescripta por el transcurso de 40. años que passaron desde el dia que don Luys Tadeo vendio este censo a Andres de Riuas, hasta que don Felipe trato de suscitarlo, executando por sus corridos, y sin embaraçarnos en las disputas que los Doctores mueuen, ex text. in *l. cũ notissimi, C. de praescript. 30. vel 40. annor. l. 27. tit. 29. part. 3.* ibi: *Pero donde en la obligacion ay hipoteca, la deuda se prescriua por treynta años.* Controuirtiendo, si bastarà el transcurso de diez, veynte, ò treynta años, assentamos, que no hemos visto alguno que dude, en que por el de quarenta años que se cesse en la paga de los reditos del censo, sin executar en hipoteca alguna, ni cõvenir al deudor principal, ni a tercero possedor, dexe de prescriuirse, de qua re videndi sunt Parlador. *lib. 2. rer. quotid. cap. 1. §. 16.* Auend. *de censibus, cap. 103. & cap. 105.* Felician. *2. tom. lib. 3. cap. 4. per totum, & praecipue num. 18.*

num. 18. Rodriguez *de annuis redditibus, lib. 2. quaest. 9. à nu.* 63. & ex quam plurimis D.D. Ioseph Vela *dissert. 20. à num.* 4. *& dissertat. 34. à num. 7. cum plurimis sequentibus, & passim omnes.*

16 ¶ La tercera, porque auiendo don Luys Tadeo del Burgo, padre de don Felipe, vendido este censo a Andres de Riuas, y transferido en el susodicho el dominio, puestolo en su lugar para cobrar sus reditos, no quedò dueño del, quia ex venditione transfertur dominium, vt ex *§. vendite 40. Instit. de rer. diuis. l. Iulianus* 14. *§. offerri, ff. de action. empti, l. si procurator 5. de iur. fisci, l. 46. tit. 28. part. 3. cum vulgatis deducitur.*

17 ¶ A estas dos excepciones vltimas, de prescripcion, y venta, se opone don Felipe del Burgo diziendo, que ni de la vna, ni de la otra nos podemos valer, atendiendo à ser este censo vinculado, en quien no pudo correr la prescripcion, ni menos la venta que su padre hizo, ò pretendio hazer.

18 ¶ Porque para que aquella corriesse en bienes de mayorazgo era necessario tiempo inmemorial, *quia initium praescriptionis contra sequentem vocatum nunquam oritur, nisi à morte praecedentis*, y assi su antecessor no pudo perjudicarle, vt tradit Dom. Molina *lib. 4. cap. 10. de Hispanor. primogen.* Mieres *de maioratibus, 4. part. quaest. 21. num. 39. & 75.* Dom. Castillo *tom. 5. cap. 93.* & ex innumerabilibus Addentes ad Dom. Molinam *dict. cap. 10. num. 4.*

19 ¶ Y esta en ninguna manera pudo consistir mediante la prohibicion de enagenacion, ni por ella perjudicar el que intentò hazerla al siguiente en grado, vt late fundat ipse Dom. Molin. *lib. 4. cap. 1. à num. 1. cum sequentib. adducens varia iura; quem sequuntur addentes referentes quam plurimos.*

20 ¶ Y confessando estas dos reglas, ò limitaciones por ciertas, omitiendo los discursos que en su oposicion se pudieran hazer, negamos el supuesto, y que don Felipe del Burgo por medio alguno de los que el derecho dispone aya verificado que este censo sea de mayorazgo, para lo qual entramos con la regla en nuestro fauor, de que todos los bienes se presumen libres, nisi contrarium probetur, vt est textus vulgaris in *cap. 1. §. inter filiam,* & ibidem Bald. *num. 2. si de feudo fuerit controuersia,* & pro regula constituit ex quam

plurimis

plurimis Dom. Molin. *lib.* 1. *cap.* 11. *num.* 11. Mieres 4. *part. quæst.* 20. *num.* 3. Anton. Gom. *in l.* 40. *Tauri*, *num.* 12. alter Molin. *de iustit. & iur. disputat.* 581. Matienç. *in l.* 11. *glos.* 7. *tit.* 7. *lib.* 5. *Recopilat.* Dom. Castillo *tom.* 5. *cap.* 128. *num.* 2. & 3. & *ita omnes.*

21 ¶ Con que el dezir don Felipe del Burgo que este censo estaua incluso y comprehendido en la fundacion del mayorazgo que se pretende hizo doña Catalina Canaos su visabuela, nullius est momenti si no lo verifica ex anteà dictis.

22 ¶ Y aunque no dudamos, que la fundacion del mayorazgo se puede prouar por la escritura de su fundaciõ, ò por testigos que depongan del tenor de la dicha escritura, que se aya perdido por accidente, vt deducitur ex *l. testium, in fin. C. de testib.* ibi: *Facta per scripturam securitas sit, fortuito autem casu, vel incendij, vel naufragij, vel alterius infortunij perempta, tunc liceat his, qui hoc perpessi sunt, causam peremptionis probantibus, etiam debiti solutionem per testem probare, damnumque ex amissione instrumenti effugere: l. emancipatione* 11. *C. de fid. instrumentor.* ibi: *Actorum interitu veritas conuelli non solet*, ita Menoch. *de præsumption. lib.* 1. *quæst.* 66. *per totam*, Aymon *cons.* 203. *num.* 18.

23 ¶ Et probatur expresse in *l.* 41. *Tauri*, ibi: *O por testigos que depongan en la forma que el derecho quiere, del tenor de las dichas escrituras*, & ex quam plurimis iuribus, & authoritatibus, quas breuitatis causa omittimus fundat D. Latrea *decis. Granatens.* 56. *per totam*, & *præcipuè num.* 1. ibi: *Nam quamuis à iure scriptura ad aliquem actum requiratur, tamen sufficiet eã interuenisse, & posteà deperditam, vel subtractam testibus probari, quia semper sumere debemus interpretationem secundum possibile, & prout actus fieri potest.*

24 ¶ Negamos empero que don Felipe lo aya verificado, porque, vt anteà dicebamus, ni ay instrumento, ni testigos en todo el pleyto por donde se verifique que este censo sobre que se litiga estuuiesse comprehendido en la fundacion de aquel mayorazgo, y solo tiene don Felipe en su fauor la enunciacion que se haze en la escritura de su imposicion, otorgada por Gabriel de Sandoual el año de 1611. en que se supone, y enuncia, que este censo era perteneciente al mayorazgo que posseia don Fadrique del Burgo su abuelo,

lo, la qual dicha enunciacion hecha en instrumento vnico, y singular, fin mas prueua, ni verificacion, en manera alguna prueua, maximè in præiudicium tertij, vt author est Bart. *in leg. admonendi, ff. de iur. iurand.* Bald. *in l. optimam. C. de contrahend. & commit. stipulat.* & ex Socino, Natta, Alexand. Craueta, & alijs, tenet Mascard. *de probationibus, conclus.* 394. *num.* 12. ibi: *Restringes, & limitabis prædictam ampliationem, vt tantum vera sit, si sint plura instrumenta, quia tũc satis commode probant secus si in vno instrumento fiat mentio confiniũm per verba enuntiatiua.*

25 ¶ Quod etiam pro constanti supponit Dom. Larrea *dict. decis.* 56. *num.* 5. en cuyo caso, demas de auer prouança de testigos de la escritura de la fundacion del mayorazgo, se hazia relacion de ella en seys instrumentos otorgados por el fundador, cuius hæc sunt verba: *Illud vltra prædicta animaduertendum est, verba enuntiatiua in præiudicium tertij probare quando in pluribus instrumentis repetita inueniuntur, vt in hoc casu in quo lex instrumentis relatũ fuit maioratum de quo quæritur fuisse factum.*

26 ¶ Y aunque esta replica solo bastarà para exclusion del intento contrario, quando confessaramos, absque preiudicio veritatis, que este censo estuuiesse comprehendido en la fundacion del dicho mayorazgo, adhuc, nos embaraçara poco, porque mediante auerse seguido pleyto entre don Fadrique del Burgo, padre del don Luys, con doña Lucrecia Canãos, por si, y por doña Camila su hermana, ambas ados hermanas del dicho don Fadrique, sobre la nulidad del vinculo, de que se ha hecho mencion, por sentencias de vista y reuista se declarò por nulo, mandando, que consistiesse *solo en quanto a el tercio y remanente del quinto de los bienes que quedaron por fin y muerte de la dicha doña Catalina Canãos su madre, y no en mas, para que lo aya el dicho don Fadrique vinculado a titulo de mayorazgo, conforme se manda por la dicha escritura, y en quanto a todo lo demas en la dicha escritura contenido la damos por ninguna, y de ningun valor, ni efeto.*

27 ¶ Palabras son de la sentencia de vista, en el dicho pleyto pronunciada, que se confirmò llanamente por la sentencia de reuista, la qual prosigue: *Y mandamos, que la dicha doña Lucrecia Canaos, y don Fadrique del Burgo, dentro*

de nueue dias de como fueren requeridos con la executoria de su Mageſtad que de eſta nueſtra ſentencia ſe diere, ſe ſienten a cuentas y particion, y las hagan, fenezcan, y acaben de los bienes que quedaron por fin y muerte de los dichos ſus padres Federico del Burgo, y doña Catalina Canaos, conforme a ſus teſtamentos, excepto en quanto a el dicho tercio y quinto de los bienes que quedaron por fin y muerte de la dicha doña Catalina Canaos, que pertenecen al dicho don Fadrique, vinculado como dicho es.

28 ¶ Que por eſta carta executoria quedaſſen las legitimas paterna y materna de ſus padres de don Fadrique por bienes libres, excepto en el tercio, y remanente de quinto de la legitima materna, y que en ſu virtud pudieſſe enagenarlos, nihil dubij eſt, res namque alienari prohibita ex ſententia alienabilis efficitur, *l.* 3. *§. item quæri poteſt, ff. de reb. eor.* ibi: *Nam, & hic valebit alienatio propter rei iudicatæ authoritatem, l. peto, §. prædium, ff. de legat. 2. l. & ideò, ff. de condit. fortiu. l. cum poſtulaſſem, §. final, ff. de damn. infect. l. alienationes, ff. famil. erciſcund. l. 1. ff. de fundo dotali*, & ex quam plurimis iuribus & authoritatibus tradit Dom. Molin. *lib. 4. cap. 8. per totum*, & ibidem Addentes qui more ſolito quam plurimos cumulant.

29 ¶ Quedando, pues, eſtos bienes y legitimas por libres juridicamente, y ſin eſcrupulo alguno, en ambos fueros pudo don Luys Tadeo del Burgo, padre del don Felipe, vender eſte cenſo, imputandolo como lo imputò en ſus legitimas, no ſujetas a vinculo, grauamen, ni mayorazgo, como lo hizo, otorgando eſcritura de venta a fauor de Andres de Riuas de eſte dicho cenſo por el año paſſado de 1617. como bienes libres, haziendo relacion de las ſentencias de viſta y reuiſta referidas, enagenando el dicho cenſo por libre, no ſujeto a vinculo, grauamen, ni obligacion, dando por ſu fiadora en la dicha venta a la dicha doña Lucrecia Canaos ſu tia.

30 ¶ Contra euidencias tan notorias, impugnando tan juſtos titulos, ſe opone don Felipe del Burgo, queriẽdo con tenazidad, mas que con fundamẽto juridico, incluyr toda via en el mayorazgo que dize poſſeia ſu padre, en que pretende ha ſucedido, eſte cenſo, y que en la eſcritura de trãſacion que hizo el dicho ſu padre con doña Lucrecia Canaos

ſu

su tia lo dexò comprehendido, pero esto es tan insubstancial como se vè del contexto de la misma escritura.

31 ¶ Porque lo que por ella parece es, que por el año de 614. auiendose tratado por el dicho don Luys Tadeo del Burgo, con autoridad, y assistencia de su curador, por ser menor de 25. años, y mayor de 17. el juyzio de cuentas y particion que por las dichas sentencias de vista y reuista se mandaua hazer, y sobre ello passado diuersos autos, otorgan escritura de transacion, precediendo informacion de vtilidad, y decreto.

32 ¶ En la qual dizen, que se han conuenido y cōcertado en que de todos los bienes que quedaron por fin y muerte de los dichos don Federico del Burgo en esta ciudad, y en otras muchas partes que refieren, excepto los que estàn en la ciudad de Seuilla, y Almodouar del Campo, se aya de hazer vn cuerpo de bienes, y se partan y diuidan igualmente, lleuando para si la dicha doña Lucrecia la mitad de todos ellos, e la otra mitad el dicho don Luys Tadeo del Burgo, cō calidad, de que ha de quedar a su cargo el satisfazer a doña Luysa del Burgo su hermana lo que le perteneciere de su legitima paterna, *escritura fol. 53. con los siguientes.*

33 ¶ Y prosigue, que despues de hechos los aprecios de todo el cuerpo de bienes, la dicha doña Lucrecia, luego, y ante todas cosas, ò quando quisiere, ha de poder tomar, e sacar para si seys mil ducados, tomandolos por los precios en que fueren apreciados los bienes que para ello quisiere elegir, y señalar, los quales ha de tomar en cuenta de su mitad de bienes que ha de lleuar conforme al concierto, y que de los dichos seys mil ducados ha de poder disponer libremēte en vida, ò en muerte, demas de otros censos que se le auian reservado, y no entraron en la particion.

34 ¶ Y que de todos los demas bienes restantes, de la dicha mitad que se le ha de adjudicar a la dicha doña Lucrecia (excepto los litigiosos, que quedan por partir) la susodicha ha de gozar por los dias de su vida, han de quedar vinculados, anexos, e incorporados AL DICHO VINCVLO, E MEJORA DE TERCIO Y QVINTO, que por las dichas sentencias, e carta de executoria se adjudicaron al dicho don Fadrique, para que en ellos suceda el dicho don Luys, y los demas llamados.

135 ¶ Y es condicion, que si el dicho don Luys muriere sin hijos legitimos, estos bienes han de quedar libres, e no sujetos al dicho vinculo; y ha de poder disponer de ellos la dicha doña Lucrecia.

136 ¶ Y que assimismo, demas de la mitad de bienes referidos, se le ha de dar sin cuenta ni razon a la dicha doña Lucrecia toda la hazienda, viñas, casas, meson, y oliuares que ay en Gauia la grande, para que los goze y tenga como suyos, y despues de sus dias se han de agregar, e incorporar a el dicho vinculo todos ellos, excepto vn oliuar que dizen de Constantina, y el dicho don Luys y sus hijos han de suceder en ellos como vinculados, y si no tuuiere hijos solamente se ha de agregar al vinculo la mitad de la dicha hazienda de Gauia, y la otra mitad ha de quedar libre para la dicha doña Lucrecia.

137 ¶ Y que siempre que los pleytos de los bienes litigiosos se vencieren, ò transigieren, lo que de ellos resultare se ha de partir por igual como bienes libres.

138 ¶ Con que lo que de toda esta escritura se saca, es, que se ha de conseruar el mayorazgo en el tercio, y remanente del quinto, al qual se ha de agregar lo que queda referido, y todos los demas bienes y dinero quedan libres, segun el contexto referido.

139 ¶ En cuya conformidad se insertan en ella los aprecios, y se haze el cuerpo de bienes, que importa 7. qs. 12U593. marauedis, y tocan a cada vno 3. qs. 506U296. marauedis.

140 ¶ En esta conformidad se le haze pago a la dicha doña Lucrecia de los seys mil ducados que auia de lleuar como bienes libres en bienes apreciados, desde el *fol.* 110. *de la dicha escritura, hasta el fol.* 134. y desde alli se le adjudica en possession los bienes que ha de auer hasta el cumplimiento de su mitad, con los aumentados de Gauia la chica hasta el *fol.* 145.

141 ¶ Desde el qual se comiença a hazer pago al dicho don Luys de lo que ha de auer, con estas palabras: *Parece que ha de auer el dicho don Luys Tadeo del Burgo POR SV MITAD DE BIENES 3. qs. 506U296. marauedis.* Y se le comiença a hazer pago en la mitad de 3U400. ducados depositados en el depositario general de esta ciudad,

dad, y se prosigue adjudicandole viñas, casas, y censos, y entre ellos ESTE SOBRE QVE SE LITIGA, hasta que se le pagò enteramente la mitad de sus bienes; y en esta conformidad se concluye la escritura, sin que en ninguna delas possessiones que se le entregan se diga que son para el vinculo de tercio, y remanente de quinto.

42 ¶ Con que siendo cierto, que las legitimas paterna y materna quedaron libres para don Luys mediante la cosa juzgada, y vinculado solamente el tercio, y remanente del quinto de la legitima de su madre, que no podemos ajustar lo que importò, mediante auerse hecho cuerpo de bienes de todos los que quedaron por fin y muerte de ambos coniuges, no acabamos de reconocer por donde quiere don Felipe incluyr este censo de setẽta ducados en este mayorazgo que nunca se hizo, y querer despues de passados quarenta años que ha que su padre lo vendiò por libre, cobrar sus reditos.

43 ¶ Dize don Felipe, que en la misma escritura se pone por especial declaracion que se le dana don Luys *solamente* por bienes libres la mitad de los 31500. ducados que estauan en el depositario general, procedidos de la venta de vn cortijo, y en esto haze grande instancia, pero es de tan poco momento como todo lo demas que se pondera, porque la clausula de la escritura, *fol.* 170. dize estas formales palabras: *Otro si, es declaracion de esta dicha escritura, que los dichos 31400. ducados, poco mas, ò menos que fuere lo que està depositado en poder del depositario general de esta dicha ciudad, que procediò de la venta del dicho cortijo de Santa Catalina, que se vendiò a los Padres de la Compañia del nombre de Iesus, conforme al pedimiento, e capitulaciones del, ha de quedar y queda por bienes libres, y no sujetos a vinculo alguno, y los hemos de poder cobrar y sacar del dicho depositario luego, y lleuar la dicha mitad yo la dicha doña Lucrecia Canaos, y la otra mitad yo el dicho don Luys Tadeo del Burgo.*

44 ¶ Ya se conuence de el tenor de esta clausula trasladada con la fidelidad que deuemos, que la palabra, *solamente*, la añadiò el deseo de don Felipe, y assimismo se infiere, que la causa porque se puso esta declaracion no fue porque todos los bienes huuiessen de quedar vinculados, si no porque como doña Lucrecia agregaua al vinculo de tercio y quinto las cantidades que se han referido, quiso explicar

que esta parte de dinero que auia de percebir auia de quedar libre para poder vsar de ella.

45 ¶ Y esto se haze mas llano bolviendo à ver toda la escritura, donde expressamente se dize, que solo el tercio, y remanente del quinto de la legitima dela abuela queda vinculado, y todas las demas legitimas libres, y a aquel mayorazgo haze doña Lucrecia la agregacion, y de todo el cumulo de bienes se hazen dos partes iguales, y se adjudica a cada vno la suya, dando en la primera partida este dinero, y poner despues la calidad que se pondera solo fue para dar a entender, que ni se auia de incluyr en el mayorazgo de tercio y quinto, ni en las agregaciones que a el hizo doña Lucrecia, y no para inferir de aqui, que los demas bienes quedassen vinculados, que esto fuera yr contra todo el contexto de la escritura.

46 ¶ Ademas, que qualquiera duda que se quiera motiuar en si el animo de los contrayentes fue, de que quedassen algunos de estos bienes vinculados, cessa en lo tocante a este censo, supuesto que no se puede negar que en aquella mitad que se le adjudicò a don Luys de todo lo que huuo de auer de sus abuelos tenia legitimas libres, y que por medio alguno diò a entender que queria quedassen vinculados, ni alterar la cosa juzgada, que ellos mismos en la escritura de venta que otorgaron lo declararon por libre, y como tal lo vendieron, y aunque nada hizieron nueuo con esta declaracion, por lo menos pudieran desengañar con ella a don Felipe, *l. hæredes palam* 21. §. 1. ibi: *Nihil enim nunc dat, sed datum significat, ff. de testam. l. adeo* 7. §. *cum quis ex aliena, in fine, ff. de acquirend. rer. domin.* Anton. Gabriel *commun. conclus. lib. 6. tit. de regul. iur. conclus.* 3. *num.* 1. D. D. Ioan. del Castillo *quotid. controuers. tom. 3. cap. 10. num. 30. & tom. 4. cap. 19. num. 30. & cap. 56. num. 88.* D. D. Ioseph. Vella *dissertat. 2. num. fin.*

47 ¶ Y lo mas a que pudiera aspirar don Felipe por no auer su padre fundado este mayorazgo de tercio, y remaniente de quinto, fuera, a que se fundasse de sus bienes, pero querer impugnar la venta que hizo de este censo carece de fundamento juridico, iuxta dispositionem textus in *l. ante restitutam, ff. de solutionib.* melior textus in *Authent. contra cum rogatus, C. ad S. C. Trebellian.* donde auiendo puesto

el

el caso de fideicomissario, que estando obligado a restituyr, enagenò bienes del fideicomisso, sic ait: *Quod si contingat eam diminui, aut ex ipsius substantia suppletur, aut ea deficiẽte in rem actione, & hipothecaria fideicommissario vti permittitur adversus rerum acceptores.*

48 ¶ Y no auiendo verificado don Felipe que su padre aya enagenado mas bienes que este censo, y siendo la vẽta del tan cercana a la transacion que se ha referido, en tiempo que no se puede negar que don Luys su padre tenia sus legitimas libres, bien se vè quan vana es la pretension que intenta.

49 ¶ Y la exclamacion que se hizo en estrados de que con esta determinacion se destruye el vinculo que don Felipe supone que possee; y que su padre tomò possession de otros censos como vinculados; es de poca substancia, porque ni el susodicho, ni el dicho don Felipe la han tomado en tiempo alguno de este, ni el dicho don Felipe tiene vinculo, y si su madre, y hermanos lo conservan, serà por su conveniẽcia; y durara esta pretension mientras huuiere interessados que la contradigan.

50 ¶ Cæterùm, que demas de todas las consideraciones referidas que resultan de el contexto de la escritura, fuera grauissimo inconveniente, nostro videri; el declarar por nula la escritura de venta de este censo; quando Andres de Riuas lo comprò de don Luys, afirmando el susodicho que eran bienes libres, pues con esta assercion, y buena fee del contracto, parece que se deuiò contentar el susodicho, pues como dixo magistralmente Angelo in §. *item serviana, nu.* 8. *Instit. de actionibus*, y con el el señor don Christoual de Paz *de tenut. cap. 40. num. 30. Ad contrahendum cum possessore, non est opus inquirere de titulo, cuius vi possidet, cum ad valorem contractus sufficiat eum invenire in possessione bonorum super quibus contrahitur.*

51 ¶ A que se llega el conocimiento que deuiò tener don Luys Tadeo, su capazidad, letras, y sanidad de conciencia, cuyo pretexto solo bastara para assegurarle, iuxta textum in *l. cum quis, §. 1. & in l. dispensatorem, ff. de solution. & in l. eius qui in Prouinciam, ff. si certum petatur*, in quibus omnibus debitores bona fide, & ignorantes solvendo non vero domino, saltem exceptione æquitatis liberantur.

52 ¶ A que se llega lo que notablemente pondera Palacios Rubeos con vna ley antigua de nuestro Reyno in *cap. per vestras notabili* 7. §. 7. *num.* 4. seguido del señor dō Christoual de Paz *dict. cap.* 40. *num.* 36. his verbis: *Qua lege probatur si famulus bonæ opinionis aliquam domini rem pignoraret; non aliter à Domino posse recuperari, nisi eam reddimat quamuis famulus contrectasset, propter bonam, scilicet, fidem cum eo contrahentis?*

53 ¶ Pues es cierto, quod quando agitur de iure pignoris, seu hipothecæ, sufficit probare possessionem illius, qui pignorauit, *l. & quæ nondum*, §. *quod dicitur, ff. de pignoribus, l. ante omnia, ff. de probation. glos. in l. rem alienam, ff. de pignorat. action.* quam cōclusionem firmat Angel. Aretin. inter *cons. Alexand. cons.* 138. *num.* 1. *lib.* 2. Afflictis *decis.* 383. *num.* 7. Roland. à Valle *cons.* 14. *num.* 6. *lib.* 1. & ex alijs Dom. Paz *dict. cap.* 40. *num.* 36.

54 ¶ Y no solo se contentò con esto el dicho Andres de Riuas, si no que euidentemente le constò que los bienes y legitimas de el dicho don Luys se auian declarado por libres, como se hizo relacion en la misma escritura, con que no pudo auer error, ni causa eficienti, vt ait ipse Dom. Paz *dict. cap.* 40. *num.* 31. ibi: *Quo respicit alia vrgens ratio, ea nempè, quia in quæstione proposita non fuit error in causa efficienti, sed in materiale. Causa efficiens fuit illa, quæ mouit Regem ad facultatem indulgendam, tùm & Regia authoritas, qua potuit Princeps tollere de bonis maioratus, illud onus accidentale prohibitionis alienationis, & ea reducere ad qualitatem naturalem, vt libera fierent vendi, quæ, & pignorari possent.*

55 ¶ Y con estos presupuestos, en terminos mucho mas apretados que en el que vamos discurriendo, videlicet, si quando vn posseedor intruso de vn mayorazgo vendiò los bienes del con facultad, no siendo sucessor, ni posseedor legitimo, si se auian de sustentar las ventas, y enagenaciones, resuelve, que si num. 36. vbi supra, vers. *Hæc sunt grauiora*, ibi: *Si tamen iudicium interponendum est, puto hāc secundam partem esse tutiorem, & æquiorem, quam iudicando sequerer respicit enim ius publicum, & contractuum firmitatem, & Regiæ facultatis valorem.*

56 ¶ Y nos alargamos à dezir, que aunque oy se

pudiessen

pudiessen declarar por bienes de mayorazgo los que se pusieron en las quentas y particion que se refieren en la escritura de transacion sin esta calidad, no pudiera perjudicar a este censo, auiendolo adquirido Riuas, y los que le sucedieron, ex contractu oneroso, para cuyo desempeño solo referimos las palabras del señor don Christoual de Paz, cuyo es todo el discurso, qui dicto *cap.40.num.32.* sic ait:

57 ¶ *Rursus, quia hic tertius, qui emit annuos redditus super bonis maioratus cum Regia facultate habet titulum onerosum causatum in tempore habili; in quo scilicet bona maioratus possidebantur ab illo, cum quo contraxit; & sic, quamuis fuerit declaratum per sententiam, hunc non fuisse iustum possessorem, hæc tamen declaratio, cum sit posterior priore contractu non potuit nocere bona fide contrahentibus, præsertim ex contractu oneroso:* argument. text. *in l.1. C. de iure fisci, lib.10. Vbi, qui contraxit cum fisci debitore, ante quam fisci debitum fuisset causatum satis tutus est, quamuis fiscus ius petendi haberet ante primum contractum, hoc enim fuit, ius intrinsecum, cuius notitia non habebatur tempore prioris contractus,* idem probat text. *in l. si quis post hac, §. quod etiam, C. de bonis proscript. & l. in fraudem, ff. de iure fisci.*

58 ¶ Los demas discursos de que don Felipe se vale, de que aunque los bienes, y censo sobre que se litiga fuessen libres, no pudo consistir la venta; mediante su menor edad, *ex toto tit. ff. de reb. eor.* & alijs principijs iuris, no los puede oponer don Felipe, porque si tiene renunciada su herencia, mal podra hazer papel de heredero; ni opuestos dañan, porque su padre tenia veynte y vn años quando otorgò la escritura, y venia de su Magestad juridica, *ex toto tit. C. de his qui veniam ætat. impetran.* D. D. Ioseph. Vela *dissert. 1. à nu. 27.* Y en la escritura huuo las solemnidades necessarias, y la jurò don Luys, y en mas de 30. años que viuiò despues la ratificò con el mesmo hecho, con que no cansemos a V.S. con principios, ni autoridades.

59 ¶ Como ni en el vltimo esfuerço que se hizo, pretendiendo, que no es parte Tomas de Leon, auiendo salido a el pleyto en la segunda execucion, que es quando fue requerido de euiccion, y sustanciado con el este pleyto legitimamente en todas instancias, sin oponer esta, ni otra dilatoria, y hallandonos en vn Tribunal superior, con entero

conocimiento de causa, tenemos por superfluo el convencer las autoridades que en contrario se ponderan, en caso bien disimil al nuestro, vt videre est, apud Authores, quia ducuntur, & sic finem imponimus, esperando la confirmacion de la sentencia de vista, & sic confidimus. Salva V.D.C.

D. D. Francisco Ortiz.